

**ARTYKUŁ**

**Ireneusz C. Kamiński\***

**PORNOGRAFIA DZIECIĘCA PRZED  
AMERYKAŃSKIM SĄDEM NAJWYŻSZYM  
(WYROK W SPRAWIE *PROKURATOR GENERALNY  
JOHN ASHCROFT ORAZ INNI PRZECIWKO  
FREE SPEECH COALITION ORAZ INNI*)**

Wydany w dniu 16 kwietnia 2002 r. wyrok Federalnego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, najwyższej instancji sądowniczej kraju, wywołał spore emocje. Sędziowie orzekli, że dwa postanowienia uchwalonej w 1996 r. ustawy o zapobieganiu pornografii dziecięcej (*Child Pornography Prevention Act*, dalej CPPA)<sup>1</sup>, zmierzające do penalizacji tzw. wirtualnej pornografii dziecięcej oraz materiałów pornograficznych prezentowanych w sposób sugerujący, iż przedstawiają dzieci, są sprzeczne z Pierwszą Poprawką do Konstytucji Federalnej. Pierwszą Poprawkę można bez wahania nazwać jednym z najważniejszych postanowień amerykańskiej konstytucji<sup>2</sup>, przedmiotem dumy nie tylko prawników, ale i społeczeństwa amerykańskiego. We fragmencie istotnym dla moich rozważań oznajmia ona, że „Kongres

\* Dr Ireneusz C. Kamiński – adiunkt w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

<sup>1</sup> Tekst ustawy został opublikowany w United States Code, rządowym wydawnictwie obejmującym prawo federalne. Tam też ukazało się sformułowane przez Kongres uzasadnienie wydania nowego prawa (18 U.S.C. 2256).

<sup>2</sup> O randze Pierwszej Poprawki w porządku prawnym USA świadczy chociażby to, że na wielu amerykańskich uniwersytetach istnieją katedry i stanowiska profesorskie zajmujące się Pierwszą Poprawką.

nie wprowadzi ustaw (...) ograniczających wolność słowa (...). Werdykt Sądu Najwyższego jest dobrą okazją do pokazania, jak mocno chroniona jest w USA swoboda wypowiedzi i po spełnieniu jakich wymagań możliwe staje się wprowadzenie ograniczeń tego podstawowego dla demokracji prawa ludzkiego.

## I. Tło i historia sporu

Od początku lat 80. XX w. w Stanach Zjednoczonych istnieją – zarówno na poziomie stanowym, jak i federalnym – ustawy zabraniające pornografii dziecięcej. Określając, co stanowi taką postać pornografii, przepisy koncentrują się na treści materiałów. Zakazana jest więc produkcja, sprzedaż i rozpowszechnianie materiału przedstawiającego dzieci w erotycznych pozach lub biorące udział w erotycznych aktach. W 1996 r. ustawodawca federalny postanowił rozszerzyć zakaz, uwzględniając m.in. dokonujący się rozwój techniki. W konsekwencji obok materiałów stworzonych przy udziale prawdziwych dzieci<sup>3</sup>, karze zaczęła podlegać również produkcja i rozprowadzanie „wizualnych przedstawień obejmujących fotografię, film, wideo, obraz oraz przedstawień albo obrazów stworzonych komputerowo bądź uzyskanych przy użyciu komputera, które pokazują lub wydają się pokazywać (*appear to be*) nieletniego uczestniczącego w czynności o wyrażnie seksualnym charakterze (*sexually explicit conduct*)”. Inny przepis obejmował zakazem „każdy obraz o wyrażnie seksualnym charakterze, który jest reklamowany, promowany, prezentowany, opisywany lub rozpowszechniany w sposób stwarzający wrażenie (*conveys the impression*), iż przedstawia nieletniego biorącego udział w czynności o wyrażnie seksualnym charakterze”.

Zmiana dokonana w 1996 r. miała zapobiec wprowadzaniu na rynek materiałów pornograficznych, które choć nie powstały z udziałem dzieci (zostały wygenerowane komputerowo lub przy użyciu innej techniki albo przedstawiają osoby dorosłe, mogące jednak z racji na bardzo młody wygląd uchodzić za dzieci), zmierzały do wywołania u odbiorcy wrażenia, że obraz

<sup>3</sup> CPPA zabrania „rzeczywistej” pornografii dziecięcej oraz pornografii powstałej w wyniku zastosowania techniki zwanej „komputerowym morfingiem”, czyli zniekształcania fotografii prawdziwych dzieci, które ma na celu nadanie neutralnym zdjęciom erotycznego charakteru lub użycie postaci dzieci w seksualnych obrazach. Te dwa postanowienia nie zostały zakwestionowane przez skarżących w omawianym postępowaniu.

dotyczy dzieci. Autorzy zmiany podkreślali, że postęp technologiczny czyni trudnym, a właściwie niemożliwym, odróżnienie rzeczywistej pornografii dziecięcej od „wirtualnej” czy też „sugerowanej”. Argumentowali ponadto, że każda forma seksualnego wykorzystywania dzieci oraz pobudzania zainteresowań pedofilii jest złem, bo zagraża „prawdziwym” dzieciom.

Postanowienia CPPA starały się zakwestionować w kilku postępowaniach sądowych zarówno pojedyncze osoby, jak i przedsiębiorstwa, stowarzyszenia oraz organizacje. Werdykty zapadłe w tych sprawach były różne. W większości wyroków sądy federalne – tak pierwszej instancji, jak i apelacyjne – nie dopatrzyły się sprzeczności z konstytucją. W sprawie, która ostatecznie trafiła do Sądu Najwyższego, początkowo stwierdzono konstytucyjność nowych zakazów (wyrok *U.S. District Court for the Northern District of California*). Ich niezgodność z konstytucją orzekł natomiast sąd odwoławczy (*Court of Appeals for the Ninth Circuit*).

Aby zrozumieć argumentację użytą przez Sąd Najwyższy, konieczna jest znajomość dwóch wcześniejszych judykatów tej instytucji. Pierwszy to wyrok w sprawie *Miller v. California*, wydany w 1973 r.<sup>4</sup> Skargę do Sądu Najwyższego wniósł Marvin Miller, skazany za wysłanie pięciu niezamówionych broszur do jednej z restauracji. Broszury reklamowały erotyczne książki oraz film, zawierając zdjęcia osób biorących udział w różnych aktach seksualnych. Adresat niechcianej przesyłki zawiadomił policję, a ta – prokuraturę. W wydanym wyroku Sąd Najwyższy sformułował tzw. test obsceniczności. Określa on cechy, których wystąpienie pozbawia wypowiedź ochrony Pierwszej Poprawki.

Materiał jest obsceniczny, jeśli równocześnie spełnia trzy warunki. Po pierwsze, dla przeciętnej osoby, stosującej aktualne standardy ocen panujące w danej lokalnej wspólnocie, materiał – wzięty jako całość – odwołuje się do „lubieżnych zainteresowań” (*prurient interest*). Po drugie, materiał przedstawia w ewidentnie obraźliwy, nieobyczajny (*patently offensive*) sposób czynność seksualną, której definicję formułuje prawo stanowe. Po trzecie, materiałowi – również rozważanemu jako całość – brakuje poważnej wartości literackiej, artystycznej, politycznej lub naukowej. Wyrok umożliwił odróżnienie

<sup>4</sup> 413 U.S. 15 (1973). Orzecznictwo amerykańskiego Sądu Najwyższego cytuję w oryginalny sposób. U.S. oznacza *United States Reports*, oficjalny rządowy rejestr rozstrzygnięć Federalnego Sądu Najwyższego, pierwsza cyfra – tom, a druga – stronę, od której zaczyna się przywoływany wyrok.

dozwolonej pornografii, czyli „nieprzyzwoitej wypowiedzi”, cieszącej się jednak ochroną konstytucyjną, od niedozwolonej, tzn. obscenicznej.<sup>5</sup>

Drugie rozstrzygnięcie zapadło w 1982 r. w sprawie *New York v. Ferber*.<sup>6</sup> Chodziło w nim o stanową ustawę zakazującą sprzedaży oraz innych form rozpowszechniania materiałów, które przedstawiały dzieci (czyli osoby poniżej 16 lat) w erotycznych pozach lub podczas erotycznych aktów. Sąd Najwyższy jednomyślnie orzekł, że materiały tego rodzaju nie są z dwóch powodów objęte konstytucyjną ochroną. Po pierwsze, pornograficzny obraz stanowi zapis przestępstwa dokonanego wobec dziecka; zgoda na pozostawienie materiału w obiegu wyrządzałaby pokrzywdzonemu kolejną szkodę. Po drugie, skoro popełnienie pierwotnego przestępstwa, czyli skłonienie dziecka do erotycznych zachowań, wynikało z ekonomicznych motywacji, delegalizacja przynoszącego zyski rozpowszechniania pornografii dziecięcej musi uderzać w jej produkcję. Likwidacja sieci dystrybucyjnej bezpośrednio służy więc eliminacji przestępstwa.

Wskazane przez sędziów w sprawie *Ferber* racje prowadzące do braku konstytucyjnej ochrony pornografii dziecięcej jako formy wypowiedzi modyfikowały wcześniejsze reguły, wykraczając istotnie poza kryteria sformułowane w orzeczeniu *Miller*. Materiał przedstawiający dzieci lub powstały z ich udziałem nie musiał mieć obscenicznego charakteru; wystarczyło, iż był „tylko” pornograficzny w znaczeniu określonym przez ustawę. Sąd badając kwestionowany materiał, nie był ponadto zobowiązany do rozważenia go jako całości, do ustalenia, że odwołuje się – przyjmując lokalne kryteria właściwe przeciętnej osobie – do „lubieżnych zainteresowań” oraz iż jest „ewidentnie nieobyczajny”.<sup>7</sup> Jedynie posiadanie istotnego waloru literackiego, artystycznego, politycznego lub naukowego mogło obronić „podejrzane” dzieło.

W orzeczeniu *Ferber* Sąd Najwyższy wykroczył poza definicję ze sprawy *Miller* uznając, że nie uwzględnia ona ważnego i niekwestionowanego interesu publicznego, który polega na potrzebie ścigania osób czerpiących

<sup>5</sup> W sprawie *Miller przeciwko Kalifornii* Sąd Najwyższy sformułował definicję obscenicznego materiału. Na temat wcześniejszych prób zob. D.R. Pember, *Mass Media Law*, Boston 2000, s. 452 i nast.

<sup>6</sup> 458 U.S. 747 (1982).

<sup>7</sup> Z późniejszych wyroków wynikały dalsze różnice. Podczas gdy więc Sąd Najwyższy orzekł, iż sprzeczne z Pierwszą Poprawką jest wprowadzenie kar za samo posiadanie obscenicznego materiału (choć jego sprzedaż lub inną formę dystrybucji władze stanowe mogły uczynić nielegalną), uznanie za przestępstwo posiadania pornografii dziecięcej Sąd ocenił jako zgodne z konstytucją.

zyski z seksualnego wykorzystywania dzieci. Możliwość stworzoną w 1982 r. ustawodawca federalny postanowił wykorzystać w 1996 r., tworząc CPPA. Powołując się na raporty z szeregu badań, Kongres uznał, że nowe technologie umożliwiają kreowanie realistycznych obrazów dzieci, które w rzeczywistości nie istnieją. Tolerowanie takich materiałów zagraża prawdziwym dzieciom, rozbudzając zainteresowania pedofilów. Pornografia, która przedstawia zadowolone „wirtualne” dzieci uczestniczące w seksualnych aktach, może ponadto służyć pedofilom do nakłonienia „prawdziwych” dzieci do udziału w podobnych czynnościach. Dlatego konieczne staje się ściganie każdego przypadku produkcji, rozpowszechniania, a nawet posiadania pornografii dziecięcej, niezależnie od tego, czy jest ona „realna”, czy też „wirtualna” albo „sugerowana”. Nie jest wymagane przy tym, aby materiał był obsceniczny; wystarczy zakwalifikowanie go jako pornograficznego.

Zgodność postanowień CPPA z amerykańską konstytucją zakwestionowało kilka podmiotów: Free Speech Coalition, kalifornijskie stowarzyszenie zrzeszające producentów „materiałów dla dorosłych”, Bold Type Inc., wydawca książki propagującej nudyzm, Jim Gingerich, malarz specjalizujący się w aktach oraz Ron Raffaelli, fotograf zajmujący się fotografią erotyczną. Skarżący argumentowali, że zbyt szerokie i pozbawione precyzji sformułowania ustawy mogą ich zniechęcać do tworzenia materiałów oraz prac chronionych przez Pierwszą Poprawkę. Sąd pierwszej instancji nie zgodził się z tymi zarzutami, uznając za wysoce nieprawdopodobne, by „seksualne dzieła w rodzaju «Romea i Julii» zostały zakwalifikowane jako przestępstwa”. W apelacji wyrok został zmieniony. Sędziowie orzekli, iż zakaz zawarty w CPPA sięga zbyt daleko, zabraniając wypowiedzi, która nie jest ani obsceniczna, ani nie powstała w wyniku wykorzystania prawdziwych dzieci. Swobody wypowiedzi nie można ograniczać tylko dlatego, że hipotetycznie materiał mógłby skłaniać pewnych odbiorców do popełniania przestępstw. Ostateczna decyzja w sprawie konstytucyjności ustawy należała do Sądu Najwyższego.

## **II. Wyrok Sądu Najwyższego i jego uzasadnienie**

Większościową opinię Sądu Najwyższego napisał w imieniu 5 orzekających sędzia Anthony Kennedy<sup>8</sup>. Przypomniął, że zakres chronionej

<sup>8</sup> W Sądzie Najwyższym jeden z sędziów należących w rozstrzyganej sprawie do większości zostaje wyznaczony do napisania uzasadnienia wyroku. Tylko wyjątkowo Sąd wydaje wyrok

wypowiedzi określają w przypadku materiałów erotycznych orzeczenia w sprawach *Miller* i *Ferber*. CPPA powtarza zakaz seksualnego wykorzystywania dzieci, ale dodaje i nowe: produkowania, rozpowszechniania i posiadania „wirtualnej” oraz „sugerowanej” pornografii dziecięcej. Gdy ustawę odczytuje się literalnie, obejmuje ona np. renesansowy obraz przedstawiający mitologiczną scenę lub hollywoodzki film nakręcony bez udziału dzieci, jeśli – zdaniem ławy przysięgłych – wydaje się on przedstawiać osobę nieletnią uczestniczącą w rzeczywistym lub symulowanym stosunku seksualnym.

Pierwsza Poprawka zabrania ograniczania wolności słowa poza kilkoma wąsko i wyraźnie określonymi sytuacjami. Władze mogą naruszać ten zakaz w różnoraki sposób. Najpoważniejszy z nich polega na nakładaniu sankcji karnych. Kary przewidziane przez CPPA są rzeczywiście wysokie. Osoba, która po raz pierwszy popełnia czyn zabroniony, zagrożona jest pozbawieniem wolności do lat 15. Recydywista może już pójść do więzienia nawet na 30 lat, a minimalna kara, którą musi orzec sąd, to 5 lat. Przy tak surowych sankcjach niewielu producentów filmowych lub wydawców książek zdecyduje się na materiał, który może zostać objęty nieprecyzyjnymi dyspozycjami ustawy. Konstytucja nie zezwala na tworzenie praw posługujących się nazbyt szerokimi zakazami, które po to, by chronić pewne dobro, mogą znacząco godzić w wypowiedź chronioną przez Pierwszą Poprawkę. Z zasady tej wynika, że CPPA zostanie uznana za niekonstytucyjną, jeśli zabrania „istotnej części” dozwolonej wypowiedzi.

Sędzia Kennedy przyznał, że seksualne wykorzystywanie dzieci to jedno z najgroźniejszych przestępstw, a równocześnie „odrażający akt sprzeczny z moralnymi intuicjami właściwymi przyzwoitym ludziom”. Stanowi ono istotny problem prawny i społeczny, gdyż według danych federalnego ministerstwa zdrowia w 1999 r. ofiarami pedofilów padło w USA ok. 93 tysiące dzieci. Kongres wydał ustawy mające chronić dzieci, lecz walcząc z seksualnym ich wykorzystywaniem, ustawodawca nie może tłumić wypowiedzi. Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że w społeczeństwie wolnych ludzi

*per curiam*, czyli bez przypisywania autorstwa opinii któremukolwiek z orzekających. Szkice większościowej opinii, jak i zdań równoległych/zbieżnych (*concurring opinions*) oraz odrębnych (*dissenting opinions*), są przekazywane innym członkom składu sędziowskiego w celu uzyskania ich komentarzy. Następnie opinie są poprawiane i po czasami wielu kolejnych komentarzach, które zmierzają do uzyskania konsensusu i doprecyzowania poszczególnych sformułowań, są ostatecznie publicznie przedstawiane jako werdykt Sądu i towarzyszące mu zdania sędziów.

przestępstwu trzeba zapobiegać poprzez edukację i karanie przekroczeń prawa. Nie wolno natomiast narzucać dorosłym ludziom, co mają oglądać, czytać i mówić, nawet jeśli dany przekaz jest oburzający dla społeczeństwa<sup>9</sup>.

Zwolennicy CPPA podkreślają, że uwzględniając istotne społeczne i techniczne racje, ustawa „rozsądnie” rozszerza zakres wypowiedzi, która nie podlega ochronie konstytucji. Sędzia Kennedy wskazał jednak, że zakaz sformułowany przez Kongres musi budzić szereg wątpliwości, gdyż nie można go uznać za „suplement do już istniejącego federalnego zakazu obsceniczności”. CPPA zabrania produkcji, rozpowszechniania i posiadania obrazów, które wydają się przedstawiać osoby poniżej 18 lat. Tymczasem w wielu stanach prawo zezwala zarówno na zawarcie małżeństwa, jak i podjęcie współżycia seksualnego w młodszym wieku<sup>10</sup>. Temat życia seksualnego nastolatków oraz seksualnego wykorzystywania dzieci zainspirował wiele dzieł literackich. Najbardziej znaną parę nastoletnich kochanków stworzył Szekspir; Julia miała dopiero 13 lat. Dramat „Romeo i Julia” miał ponad 40 ekranizacji; wiele z nich sugerowało, że młodzi ludzie „skonsumowali” swą miłość. W 2001 r. do filmowych Oskarów zgłoszono *Traffic*, film ukazujący degradację 16-letniej narkomanki, zakończoną uprawianiem prostytucji w zamian za środki odurzające. Rok wcześniej za najlepszy obraz uznano *American Beauty*, gdzie nastolatki podejmują współżycie seksualne. Te oraz wiele innych wartościowych dzieł mówią o sprawach objętych szeroko zakreślonymi dyspozycjami CPPA. Z przepisów ustawy wynika jednak, że posiadacz takich materiałów naraża się na surowe kary, jeśli film zawiera pojedynczą scenę erotyczną. Jest to sprzeczne z ważną zasadą wywiedzioną z Pierwszej Poprawki, która mówi, iż artystycznej wartości dzieła nie można uzależnić od obecności jednej, ewidentnie erotycznej sceny. Nawet jeśli taka scena oceniana w oderwaniu od fabuły obrazu jest obraźliwa, nie czyni to obscenicznym całego

<sup>9</sup> Przykładowo, Sąd Najwyższy oznajmił w *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978), że „fakt, iż społeczeństwo może uznać wypowiedź za obraźliwą, nie jest dostatecznym powodem do jej ograniczania” (s. 745). W innej sprawie można przeczytać, że „oceniając prawo do swobodnej wypowiedzi osób dorosłych, wyraźnie powiedzieliśmy, iż wypowiedź o seksualnym charakterze – będąca nieprzyzwoitą, ale nie obsceniczną – podlega ochronie Pierwszej Poprawki” (*Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), na s. 874).

<sup>10</sup> W 48 stanach małżeństwo można zawrzeć, uzyskując zgodę rodziców, po ukończeniu 16 lat. Prawo w 40 stanach określa „wiek przyzwolenia” na podjęcie stosunków seksualnych na 16 lat, a nawet wcześniej.

materiału.<sup>11</sup> Ustawowemu zakazowi brakuje związku ze społecznymi standardami, wymaganego przez definicję obsceniczności.

Władze starały się uzasadnić wprowadzony zakaz wskazując na to, że wypowiedzi zabronionej w ustawie nie można odróżnić od pornografii dziecięcej, która podlega zakazowi niezależnie od ewentualnej wartości materiału. Lecz jak podkreślił sędzia Kennedy, werdykt w sprawie *Ferber* dozwolił na ściganie każdej pornografii dziecięcej, gdyż stanowi ona zapis przestępstwa polegającego na seksualnym wykorzystywaniu dzieci. CPPA zabrania natomiast wypowiedzi, która nie jest „rejestrem przestępstwa i nie tworzy jakiegokolwiek ofiary w czasie swego wytwarzania”. Inaczej mówiąc, wirtualna pornografia dziecięca nie łączy się z rzeczywistym, seksualnym wykorzystywaniem dzieci. Twierdzenie władz o istnieniu zagrożenia dla prawdziwych dzieci ze strony pedofilów oglądających pornograficzne materiały opiera się jedynie na pośrednim i hipotetycznym związku przyczynowym. Sugerowana szkoda nie tkwi w samej wypowiedzi, lecz jest łączona z „niewymiernym potencjałem do popełniania przestępstw w przyszłości”. Taka zależność jest zbyt słaba, aby uzasadnić zakaz; wypowiedź, która ani nie jest obsceniczna, ani nie powstała w następstwie seksualnego wykorzystywania dzieci, cieszy się więc ochroną Pierwszej Poprawki. Ze sprawy *Ferber* nie wynika ponadto, że pornografia dziecięca zawsze jest pozbawiona wartości. Przeciwnie, sędziowie wskazali tam wyraźnie, że gdy w grę wchodzi względy artystyczne, można się posłużyć „środkami alternatywami” wobec pornografii dziecięcej – np. pełnoletnimi osobami, które wyglądają na młodsze.

Należy też odrzucić twierdzenie, iż zakaz wirtualnej pornografii ma przeszkodzić pedofilom w skłanianiu prawdziwych dzieci do podobnych czynów. Istnieje wiele niewinnych produktów, takich jak kreskówki, gry wideo czy cukierki, które można wykorzystać do niemoralnych celów. Ta okoliczność nie usprawiedliwia jednak – pisał sędzia Kennedy – wprowadzania zakazów. Wypowiedzi, do której są uprawnieni dorośli, nie można uciszyć, aby chronić dzieci. Państwo nie może zmusić dorosłych do czytania i oglądania tylko tego, co jest stosowne dla dzieci. Dopuszczalne jest oczywiście karanie dorosłych, którzy dostarczają dzieciom niestosowne materiały, ale jest to całkowicie inne zagadnienie prawne.

<sup>11</sup> Reguły te pochodzą z orzeczeń *Book Named John Clelands Memoires of a Woman of Pleasure v. Attorney General of Massachusetts*, 383 U.S. 413, na s. 419 oraz *Kois v. Wisconsin*, 408 U.S. 229, na s. 231.



Nieprzekonujący jest wreszcie argument, iż zakaz wirtualnej pornografii jest konieczny w celu wyeliminowania rzeczywistej pornografii dziecięcej. Postęp technologiczny ma czynić trudnym odróżnienie obu grup materiałów, które znajdują się na tym samym rynku i są skierowane do tych samych odbiorców. Trudno jednak zrozumieć, czemu producenci nielegalnej pornografii dziecięcej byliby skłonni ponosić ryzyko surowych kar, skoro zakazany materiał mogliby łatwo zastąpić nie dającym się od niego odróżnić obrazem stworzonym komputerowo. Ponadto przyjęcie tezy władz, iż nieodróżnialność pornografii wirtualnej i rzeczywistej wymaga wprowadzenia całkowitego zakazu, oznacza, że chronioną wypowiedź trzeba poświęcić, aby uczynić skutecznym zakaz dotyczący wypowiedzi, która nie podlega konstytucyjnej ochronie. Takie podejście „wywraçałoby Pierwszą Poprawkę do góry nogami”. Chroniona wypowiedź nie może stać się niechronioną tylko dlatego, że jest podobna do wypowiedzi pozbawionej ochrony.

Władze starały się także bronić CPPA wskazując, że nie ogranicza ona wolności słowa, ale jedynie przenosi na oskarżonego ciężar dowodu, iż wypowiedź jest legalna. Osobie oskarżonej o inne działanie niż posiadanie zakazanego materiału przysługuje bowiem tzw. afirmatywny środek ochronny (*affirmative defense*). Zwalnia on z odpowiedzialności karnej po wykazaniu, że materiał powstał wyłącznie z udziałem osób dorosłych i nie był rozprowadzany w sposób zmierzający stworzyć wrażenie, iż przedstawia prawdziwe dzieci. Zdaniem Sądu ta okoliczność nie wystarcza jednak, aby przesądzić o zgodności ustawy z Pierwszą Poprawką. Po pierwsze, oskarżonemu, który nie jest producentem, trudno będzie wykazać, kim są aktorzy lub sportretowane postacie. CPPA ma poza tym zastosowanie również do materiałów powstałych przed rokiem 1996, a więc wejściem w życie ustawy; twórcy mogli zatem nie zachować dokumentacji potrzebnej do swej obrony. Po drugie, środek służy obronie producenta, lecz już nie każdego innego posiadacza, w tym producenta, gdy jest posiadaczem materiału. Po trzecie, środkiem nie można się posłużyć w przypadku materiałów stworzonych komputerowo. Wszystko to przemawia za niezgodnością zakazu pornografii wirtualnej z konstytucją.

W sprawie tej części CPPA, która dotyczyła „stworzenia wrażenia” uczestnictwa dzieci, Sąd wskazał, że wbrew twierdzeniu władz postanowienie ustawy w niewielkim stopniu odnosi się do treści materiału. Nawet gdy film nie zawiera żadnych scen erotycznych z udziałem młodocianych, zostanie potraktowany jako pornografia dziecięca, jeśli jego tytuł albo zapowiedź

sugerują, iż zawiera takie sceny. Zakaz nie dotyczy więc treści materiału, lecz sposobu, w jaki zostaje przedstawiony potencjalnym odbiorcom. W materiałach legislacyjnych Kongres w ogóle nie wypowiedział się o niebezpieczeństwach, jakie może rodzić takie postępowanie. Jednak każda osoba, która znajdzie się w posiadaniu materiału, także nie mająca nic wspólnego z jego powstaniem i dystrybucją, będzie odpowiadać karnie. Niczego nie zmienia przy tym okoliczność, iż nabywca wiedział, że opis mówiący o udziale nieletnich nie był prawdziwy. Dlatego również ten przepis CPPA należy uznać za sprzeczny z Pierwszą Poprawką.

### **III. Zdania odrębne i równoległe**

Do orzeczenia kilku sędziów dołączyło zdania zbieżne i odrębne. Uchodzący za konserwatystę sędzia Clarence Thomas napisał, że jego decyzję o głosowaniu o sprzeczności ustawy z konstytucją spowodował brak dowodów wpierających twierdzenia władz. Kongres argumentował, że bez CPPA osoby oskarżone o posiadanie i rozpowszechnianie pornografii dziecięcej mogą uniknąć odpowiedzialności twierdząc, iż materiały nie przedstawiają prawdziwych dzieci, lecz wirtualne postacie. Sądowi nie wskazano jednak żadnej sprawy, w której oskarżonemu powiodła się taka obrona. Postęp technologiczny może wszakże pewnego dnia spowodować, że obawy władz staną się uzasadnione. Gdyby okazało się, że nie można ścigać autorów wypowiedzi nie podlegających ochronie Pierwszej Poprawki, władze miałyby interes w stworzeniu reguł ingerujących w wąsko określony fragment konstytucyjnie chronionej wypowiedzi, aby w ten sposób uczynić skutecznym prawo wymierzone w pornografię, która powstała z udziałem prawdziwych dzieci. Sędzia wskazał ponadto, że gdyby CPPA zaoferowała dystrybutorom i posiadaczom wirtualnej pornografii dziecięcej jakiś adekwatny środek obronny, mogło to – w jego opinii – „uratować” konstytucyjność tego fragmentu ustawy.

Sędzia Sandra Day O'Connor uznała, że zakaz pornografii wirtualnej określony w ustawie mieści się w granicach konstytucji (w tej części opinii poparło ją dwóch innych sędziów). Niebezpieczeństwo tworzenia materiałów pornograficznych staje się w następstwie rozwoju technik komputerowych na tyle realne, że obawy władz są uzasadnione. Taką ocenę potwierdzają materiały przygotowane przez Krajowe Centrum na Rzecz Dzieci i Rodziny, które udowadniają uderzające podobieństwo prawdziwych oraz wirtualnych postaci. Choć władze nie były w stanie podać spraw, w których oskarżony uciekł

przed odpowiedzialnością twierdząc, że kwestionowane obrazy nie pokazywały prawdziwych, lecz „komputerowe” dzieci, z orzecznictwa Sądu Najwyższego nie wynika, aby Kongres mógł podjąć działania regulacyjne dopiero po zmaterializowaniu się zagrożeń. Zakaz pornografii wirtualnej służy więc zrozumiałemu, ważnemu interesowi publicznemu. To skarżący, kwestionując przepis CPPA jako nadmiernie szeroki, powinni przedstawić Sądowi dowód, iż zabrania on znaczącej części wartościowej oraz nieszkodliwej wypowiedzi. Sędziom nie wskazano jednak żadnego filmu lub innego materiału stworzonego techniką komputerową, przedstawiającego nieletnich podczas „nieprzypoitego zachowania”, który posiadałby poważną wartość i nie sprzyjał seksualnemu wykorzystywaniu dzieci. Sędzia O’Connor zgodziła się natomiast z opinią większości, iż w pozostałej części zaskarżone przepisy są sprzeczne z konstytucją.

Prezes Sądu Najwyższego, William Rehnquist, uznał ustawę za zgodną w całości z konstytucją (do jego opinii przyłączył się, z wyjątkiem niewielkiego fragmentu, sędzia Antonin Scalia). Zgodził się, że doszłoby do zagrożenia gwarancji zapisanych w Pierwszej Poprawce, gdyby władze użyły środków karnych przeciwko osobie rozprowadzającej lub posiadającej takie filmy, jak *Traffic* czy *American Beauty*. Jego zdaniem nie ma jednak podstaw by twierdzić, że CPPA musi być interpretowana w sposób rodzący tego rodzaju konsekwencje. Wskazania ustawy można bowiem tak rozumieć, posługując się materiałami z prac prawotwórczych, aby objęte nią zostały tylko te formy wypowiedzi, które już wcześniej wyjęto spod ochrony Pierwszej Poprawki. Zakaz mówiący o wykorzystywaniu młodo wyglądających osób miałby w konsekwencji zastosowanie jedynie do obrazów stanowiących „twardą pornografię” (z więc zabronionych już w sprawie *Miller*). W przypadku wirtualnej pornografii ustawa dotyczyłaby natomiast wyłącznie wąskiej kategorii produktów – sztucznie stworzonych wizerunków dzieci, których niczego nie podejrzewający odbiorca nie może odróżnić od zdjęć prawdziwych dzieci uczestniczących w seksualnych aktach. CPPA jest wymierzona w ewidentną pornografię dziecięcą – zarówno rzeczywistą, jak i wirtualną – a nie w pornografię, która przedstawia osoby młodociane. W taki też wąski sposób rozumiano dotychczas wskazania ustawy. Nic nie wskazuje na rzekomy „schładzający skutek”, jaki CPPA miała rodzić. Istnienie ustawy nie przeszkodziło przecież w powstaniu takich obrazów jak *Traffic* czy *American Beauty*. Rozszerzające rozumienie zakazów ustawy pojawiło się – bez związku z praktyką sądową – dopiero w opinii napisanej przez sędziego Kennedy’ego.

Podobnie „systemowo” należy, według prezesa Rehnquista, spojrzeć na obraz, którego sposób prezentowania i reklamowania wskazuje na udział osoby nieletniej. Zakaz winien zostać zawężony do osoby umyślnie łączącej z materiałem taką informację, mimo iż inne konsekwencje wynikają z literalnego odczytania ustawy. Odpowiedzialności uniknie zatem sprzedawca, jeśli niezależnie od treści obrazu będzie go przedstawiał jako wart zobaczenia i sprawiający przyjemność. Ścigany będzie natomiast każda osoba zachwalająca obraz jako pornografię dziecięcą, niezależnie od faktycznej zawartości materiału. Takie odczytanie ustawy czyni ją zgodną z Pierwszą Poprawką, nie wychodząc poza wcześniejsze precedensy.<sup>12</sup>

#### IV. Podsumowanie

Omówione orzeczenie Sądu Najwyższego, podobnie jak szereg wcześniejszych rozstrzygnięć tego gremium w innych sprawach dotyczących swobody wypowiedzi, jest na pewno kontrowersyjne. Werdykty ukazują wszakże konsekwentne przywiązanie najwyższej instancji sądowniczej Stanów Zjednoczonych do wartości wolnego słowa. Nawet jeśli korzystanie z tego prawa okazuje się moralnie naganne, władze wprowadzając prawne ograniczenia muszą czynić to w rozważny i precyzyjny sposób. Nie mogą powoływać się na ogólne zagrożenia, pośrednie negatywne skutki, brak wartości, nie mówiąc już o „metafizycznym”, czy też „naturalnym złu” jakiejś formy wypowiedzi. Wszystkie argumenty przemawiające przeciwko możliwości wypowiedzania się muszą być poważne i przekonujące. Wolność słowa, jako jeden z konstytucyjnych fundamentów, jest bowiem punktem wyjścia budowanego wnioskowania, a każde jej ograniczenie – ściśle interpretowanym wyjątkiem od zasady.

W większościowej opinii Sąd Najwyższy wskazał, że z wcześniejszych jego wyroków, zwłaszcza z precedensowej sprawy *Ferber*, nie wynika, aby pornografię dziecięcą zdyskwalifikowano jako taką, czyli stosując „substancjalny” argument o jej immanentnym złu albo braku wartości. Rzeczywistej pornografii dziecięcej zabroniono dlatego, gdyż stanowi zapis przestępczego aktu skierowanego przeciwko dziecku (seksualnego wykorzystywania) i w celu wyeliminowania ekonomicznych motywacji producentów. Sąd zgodził się także, iż racje te usprawiedliwiają ściganie karne osób rozprowadzających

<sup>12</sup> Przede wszystkim zasady sformułowane w *Ginzburg v. United States*, 383 U.S. 463.

pornografię dziecięcą, a nawet jej posiadaczy. Kierując się taką argumentacją, sędziowie badający konstytucyjność prawa, które zawierało prawny zakaz obejmujący nie tylko materiały powstałe z udziałem dzieci, postanowili najpierw odpowiedzieć na następujące pytanie: czy przepisy ustawy służyły wyłącznie wyeliminowaniu tworzenia, dystrybucji i posiadania wypowiedzi powstałej ze szkodą dla dziecka, czy też „poświęcały” również inne formy wypowiedzi. Orzekający nie byli przy tym maksymalistami uznającymi, że publiczne racje nigdy nie będą w stanie usprawiedliwić ograniczania chronionej wolności słowa, aby walczyć z wypowiedzą niechronioną. Zdając sobie jednak sprawę z poważnych niebezpieczeństw towarzyszących takiemu „poświęceniu”, musieli skrupulatnie sprawdzić, czy zakaz nie był nazbyt szeroki.

Większość Sądu uznała, że kluczowa w orzeczeniu kwestia wirtualnej pornografii nie łączy się z żadną rzeczywistą szkodą wyrządzoną jakiegokolwiek osobie. Materiały powstałe komputerowo lub przy użyciu innej nowoczesnej techniki nie są zapisem czynu będącego seksualnym wykorzystywaniem prawdziwego dziecka. Traci więc ważność podstawowy powód uzasadniający zakaz produkcji, rozprowadzania i posiadania rzeczywistej pornografii dziecięcej. Dlatego z prawnego punktu widzenia pornografię wirtualną należy potraktować tak samo jak zwykłą pornografię, która staje się zabronioną wypowiedzią dopiero jeśli nabiera cech obsceniczności. Dodatkowe argumenty władz mówiące o braku możliwości odróżnienia faktycznej i wirtualnej pornografii dziecięcej oraz o pośrednich zagrożeniach towarzyszących każdej pornografii dziecięcej, czyli rozbudzaniu seksualnych „apetytów” pedofilów i skłanianiu dzieci do naśladowania sportretowanych zachowań, zostały przez Sąd odrzucone jako nie poparte wystarczającymi dowodami.

Jak postąpiłby jednak Sąd Najwyższy, gdyby okazało się, że faktycznie nie można odróżnić dwu rodzajów pornografii dziecięcej i oskarżonym udaje się uciec przez wymiar sprawiedliwości twierdząc, iż zakwestionowany materiał „jest wirtualny”? Wydaje się, że wtedy sędziowie byłiby skłonni poświęcić znacznie więcej „chronionej wypowiedzi”. Uzasadnienie – jak zgaduję – pozostałoby jednak nadal funkcjonalnym: objęcie zakazem pornografii wirtualnej okazałoby się potrzebne w celu efektywnego zabezpieczenia prawdziwych dzieci przed aktami seksualnego wykorzystywania. Czy jednak nie prościej byłoby uznać już teraz, że ewidentna pornografia dziecięca o wirtualnym charakterze, podobna do rzeczywistej pornografii dziecięcej, skierowana

na taki sam rynek oraz odpowiadająca na identyczne „emocje” odbiorcy pozbawiona jest konstytucyjnej obrony? Taki rezultat odpowiadałby niewątpliwie potocznym intuicjom. Równocześnie neutralny „argument z podobieństwa”, nie odwołujący się koniecznie do braku wartości kwestionowanej wypowiedzi, mógłby zostać zaakceptowany nawet przez obrońców szeroko zakreślonej wolności słowa. Ci ostatni nie musieli by się obawiać, że Sąd Najwyższy wprowadza nowe, mające ogólne zastosowanie kryterium ocenne, co rodziłoby szczególnie istotne konsekwencje w tradycji prawa precedensowego. Zakaz, choć jego uzasadnienie odchodziłoby od racji wskazanych w sprawie *Ferber*, pozostałby wąsko zdefiniowany. Poza tym, skoro w orzeczeniu *Miller* sędziowie zdecydowali, że cecha oczywistej społecznej obraźliwości (nieobyčajności) pozbawia wypowiedź pornograficzną konstytucyjnej ochrony, można by uznać, iż w przypadku pornografii dziecięcej ów standard jest inny, tzn. bardziej restrykcyjny. Takie rozróżnienie – po dokonaniu niezbędnych uściśleń definicyjnych – uprawniałoby do zakazania każdej pornografii dziecięcej.